

# Europese codificatie en commercieel contractenrecht

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2006). Europese codificatie en commercieel contractenrecht: 'social justice' of een optionele code? In E. H. Hondius (Ed.), *Contracteren internationaal : F.W. Grosheide bundel* (pp. 329-338). Boom Juridisch.

## Document status and date:

Published: 01/01/2006

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Verschenen in: *Contracteren internationaal* (opstellen aangeboden aan prof. mr. F. Willem Grosheide), Den Haag (Boom) 2006, pp. 329-338.

## **Europese codificatie en commercieel contractenrecht: ‘social justice’ of een optionele code?**

J.M. Smits\*

### **1. Inleiding**

Mijn eerste contact met Willem Grosheide dateert van elf jaar geleden. Naar aanleiding van het door mij in 1995 te Leiden verdedigde proefschrift ontving ik een uitnodiging om het woord te voeren op één van de befaamde maandagmiddaglunches van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht. Mijn visie op het contractenrecht stuitte in Utrecht op enige weerstand, maar niet bij de jubilaris van deze bundel. Hij betuigde steun aan mijn opvatting dat een rechtvaardig contractenrecht mede op de evenredigheid van prestaties moet zijn gebaseerd.<sup>1</sup> Na mijn vertrek naar Maastricht werkten wij – in het kader van de Onderzoeksschool *Ius Commune* – samen op het vlak van de Europeanisering van het contractenrecht.

Rechtvaardigheid in het (commercieel) contractenrecht en de invloed daarop van Europeanisering en globalisering vormen ook het onderwerp van deze bijdrage. Het is een thema dat volop in de belangstelling staat dankzij de initiatieven die de Europese Commissie op het terrein van het Europees contractenrecht heeft genomen. Die initiatieven zijn inmiddels wijd en zijd bekend.<sup>2</sup> De Commissie<sup>3</sup> wil in de eerste plaats het huidige contractenrechtelijk acquis verbeteren door het vervaardigen van een ‘Gemeenschappelijk Referentiekader’ (GRK). Dit GRK zal, behalve definities van juridische termen, beginselen en coherente modelbepalingen van contractenrecht bevatten.<sup>4</sup> De belangrijkste functie van dit (overigens niet-bindende) GRK is dat het kan worden gebruikt bij het maken van nieuwe regelgeving en bij het verbeteren van het bestaande acquis. Ook kan het als inspiratiebron dienen voor nationale wetgevers en biedt het een leidraad bij de interpretatie van Europese wetgeving. In de tweede plaats wil de Commissie nadenken over de wenselijkheid van een ‘optioneel instrument.’ De Commissie stelt uitdrukkelijk daarmee niet ‘een Europees burgerlijk wetboek’<sup>5</sup> te propageren en enkel discussie uit te willen lokken. Voor de Commissie staat vast dat beide instrumenten zowel regels voor consumentencontracten als voor commerciële contracten moeten bevatten.

Deze initiatieven roepen de fascinerende vraag op hoe een toekomstig Europees commercieel contractenrecht het beste kan worden vormgegeven en welke rol daarbij moet

---

\* Hoogleraar Europees Privaatrecht aan de Universiteit Maastricht.

<sup>1</sup> Zie ook F.W. Grosheide, *Iustum Pretium*: enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid, WPNR 6227 (1996), p. 435 v.

<sup>2</sup> Zie onder meer (in het Nederlands) J.M. Smits, R.R.R. Hardy en N. Kornet, Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees contractenrecht, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6603 (2004), p. 1001 v. en M.Tj. Bouwes, *Harmonisatie van burgerlijk recht door de achterdeur*, NJB 2005, p. 944 v.

<sup>3</sup> Mededeling over Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM (2004) 651 def, Pb. EG 2005, C 14/6. Van het bevorderen van het gebruik van Europese standaardvoorwaarden via een website is later afgezien: zie Eerste voortgangsverslag over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis, COM (2005) 456 def., p. 11.

<sup>4</sup> Mededeling, o.c., p. 3.

<sup>5</sup> Mededeling, o.c., p. 10.

toekomen aan overwegingen van ‘rechtvaardigheid.’ Eerder<sup>6</sup> liet ik mij kritisch uit over de manier waarop het GRK thans lijkt te worden gevuld. Niet alleen dreigen de daarin op te nemen regels te algemeen te zijn om contractspartijen voldoende rechtszekerheid te bieden (mijns inziens zou het GRK vooral moeten bestaan uit regels die afkomstig zijn uit de bestaande Europese richtlijnen), bovendien is maar helemaal de vraag in hoeverre een niet bindend GRK daadwerkelijk invloed zal hebben op de formulering van nieuwe richtlijnen. Ik bepleitte daarom, in plaats van een GRK, één gesystematiseerde minimumrichtlijn op het terrein van de consumentenbescherming.<sup>7</sup> Dat valt relatief gemakkelijk te realiseren en maakt de weg vrij voor een principiële discussie over wat de Europese regels voor het commercieel contractenrecht moeten zijn. Dat is dan ook de vraag waarop ik mij in deze bijdrage zal concentreren: hoe dient de Europese wetgever het commercieel contractenrecht vorm te geven en welke rol dient daarbij toe te komen aan overwegingen van ‘rechtvaardigheid’?

Drie aspecten van deze vraag verdienen aandacht. In de eerste plaats is er de principiële vraag in hoeverre ook in het commercieel contractenrecht overwegingen van ‘sociale rechtvaardigheid’ een rol moeten spelen. Dat is een vraag die, mede door toenemende globalisering, hernieuwd in de belangstelling staat (par. 2). Het antwoord op deze vraag (par. 3) biedt tegelijkertijd de sleutel tot de juiste wijze van vormgeving van het Europees commercieel contractenrecht. Daartoe komen aan de orde de vraag wat voor *soort* code de voorkeur verdient (par. 4) en wat de *inhoud* van die code moet zijn (par. 5). Paragraaf 6 bevat enkele afsluitende opmerkingen.

## 2. ‘Social justice’ in het (commercieel) contractenrecht

De laatste tien jaar is in Nederland discussie gevoerd over de mate waarin commerciële en consumentencontracten (moeten) zijn onderworpen aan identieke regels.<sup>8</sup> Het klassieke argument van voorstanders van een dergelijke dichotomie in het contractenrecht is dat de handelsmoraal andere regels verlangt dan ‘gewone’ overeenkomsten. In het zakenleven zou een contract een contract zijn en zouden duidelijke en rechtszekere normen moeten bestaan. Aan een de overeenkomst corrigerende rechtvaardigheid is dan geen behoefte. Ook Willem Grosheide heeft dit standpunt verdedigd.<sup>9</sup> Tegenstanders wijzen er op dat dit niet alleen in normatief opzicht ongewenst is,<sup>10</sup> maar ook dat er geen empirisch bewijs bestaat voor een wezenlijk andere moraal in de handel dan in de rest van het maatschappelijk leven.<sup>11</sup> Tot de kern teruggebracht gaat dit debat over de vraag of twee soorten rechtvaardigheid (moeten) bestaan: enerzijds een rechtvaardigheidspostulaat gebaseerd op contractuele solidariteit waar het gaat om contracten met een zwakkere partij, bij voorkeur neer te leggen in dwingendrechtelijke regels, anderzijds een rechtvaardigheidsidee dat uitgaat van de gedachte

---

<sup>6</sup> Zie J.M. Smits, Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid, preadvies NJV 2006, in: *Handelingen NJV 2006-I*, Deventer 2006, no. 21.

<sup>7</sup> Zie preadvies NJV 2006, o.c., no. 22.

<sup>8</sup> Zie onder meer C.J.H. Brunner, De billijkheid in het Nieuwe BW, in: *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer 1992, p. 96-97; R.P.J.L. Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen, Deventer 1994 en dez., *Zaken zijn zaken*, RM Themis 2000, p. 321 v.; vgl. T. Hartlief, Autonomie en solidariteit: beweging in het verbintenissenrecht, WPNR 6564 (2004), p. 106 v. en J.M. Smits, Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht, R&R 1998, p. 12.

<sup>9</sup> F.W. Grosheide, Evenwichtigheid en onevenwichtigheid in internationale commerciële contractsverhoudingen, in: *Molengrafica* 1996, p. 45 v.

<sup>10</sup> M.M. Mendel, Welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid – met name in hun beperkende werking – in rechtsverhoudingen tussen ondernemers en wat behoort die rol te zijn?, preadvies Vereniging Handelsrecht, Deventer 2000, p. 129 v.; Nagla Nassar, *Sanctity of Contract Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Dordrecht/Boston/London 1995, p. 156 ff.; G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames*, Den Haag 2002, p. 60 v.

<sup>11</sup> Vgl. J.B.M. Vranken, *Argumenteren in het recht*, WPNR 6428 (2001), p. 18.

‘qui dit contractuel, dit juste’ en dat tot uitgangspunt neemt dat partijen zo veel mogelijk zelf hun verhouding kunnen regelen.

Dit debat heeft thans op Europees niveau een nieuwe impuls gekregen. Door enkele invloedrijke auteurs is namelijk verdedigd dat de Europese wetgever een vergaande vorm van contractuele solidariteit dient neer te leggen in een bindend Europees wetboek, *ongeacht* of het gaat om commerciële of consumentencontracten. Alleen met zo een ‘Hard Code’<sup>12</sup> als uiting van ‘social justice’ zou tegenwicht kunnen worden geboden aan de werking van de markt. Behalve door Mattei is deze visie verdedigd door de ‘Study group on social justice in European private law’<sup>13</sup> dat in een ‘manifest’ de loftrumpet heeft gestoken over een meer sociaal privaatrecht. De visie van deze groep auteurs verdient een meer uitgebreide bespreking.

Volgens de studiegroep legt de Europese Unie een te eenzijdige nadruk op de bevordering van de interne markt. Daardoor ontbreekt, anders dan in het nationale recht, een ‘Europese’ visie op contractuele rechtvaardigheid. Onmiskenbaar heeft Europa een grote bijdrage geleverd aan consumentenbescherming, maar voortschrijdende Europese integratie kan dit snel anders maken. Nodig is daarom de ontwikkeling van een ‘social justice agenda.’ Wat daarmee wordt bedoeld, wordt duidelijk uit het volgende citaat:<sup>14</sup>

‘At the heart of the social justice agenda beats the concern about the distributive effects of the market order. The rules of contract law shape the distribution of wealth and power in modern societies. (...) A modern statement of the principles of the private law of contract needs to recognise its increasingly pivotal role in establishing distributive fairness in society.’

Hiermee wordt ook het commercieel contractenrecht een herverdelende functie toegedicht. De studiegroep realiseert zich dat de meeste commerciële contractanten heel goed hun eigen boontjes kunnen doppen en ook in staat zijn om hun nationale recht grotendeels te omzeilen:<sup>15</sup> juist daarom zou het Europese recht grenzen moeten stellen aan wat partijen in dit opzicht vermogen.

Nog in een ander opzicht zou een sociaal rechtvaardig contractenrecht een ‘surrender to the actors of market globalisation’<sup>16</sup> moeten voorkomen. Hesselink<sup>17</sup> heeft er op gewezen dat een overeenkomst die voor beide partijen voordelig is in een globaliserende wereld nog altijd het welzijn van derden kan schaden. In zijn visie is de aankoop (óók die in Nederland) van een paar sportschoenen dat in de Derde Wereld in ‘sweatshops’ is vervaardigd in strijd met de goede zeden. Indien voor de rechter nakoming van die overeenkomst wordt gevorderd door koper of verkoper, zou de rechter de overeenkomst nietig moeten achten. Een toekomstig Europees wetboek zou een dergelijke regel moeten bevatten en aldus moeten bijdragen aan de verdelende rechtvaardigheid.

### 3. Een aansprekende visie?

---

<sup>12</sup> Ugo Mattei, Hard Code Now! A Critique and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification, in: dez., The European Codification Process: Cut and Paste, The Hague 2003, p. 107 v.

<sup>13</sup> Study group on social justice in European private law, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto, European Law Journal 10 (2004), p. 653 v.

<sup>14</sup> Manifesto, o.c., p. 665.

<sup>15</sup> Manifesto, o.c., p. 656.

<sup>16</sup> Mattei, o.c., p. 113.

<sup>17</sup> Martijn W. Hesselink, Capacity and Capability in European Contract Law, European Review of Private Law 2005, p. 505 v.

Hoe over deze visie te oordelen? Moet een toekomstig Europees contractenrecht inderdaad de sociale rechtvaardigheid dienen, óók in commerciële verhoudingen? Mijn antwoord luidt ontkennend. Ik laat mijn bezwaren de revue passeren.<sup>18</sup>

In de eerste plaats wijs ik er op dat de auteurs die voorstander zijn van recht als ‘social justice’ veel verder gaan dan diegenen die menen dat commerciële contracten aan dezelfde regels onderworpen moeten zijn als andere overeenkomsten. Laatstgenoemden zijn voorstander van toepassing van huidig recht en dat laat enkel een corrigerende rechtvaardigheid toe, bijvoorbeeld op grond van art. 6:2 lid 2 en art. 248 lid 2 BW. De studiegroep gaat verder en wil dat het contractenrecht de verdelende rechtvaardigheid dient en aldus meehelpt om welvaart te herverdelen. Dat is een visie die eerder is verdedigd door onder meer Kronman<sup>19</sup> en waartegen nogal wat bezwaren zijn aan te voeren. Het belangrijkste bezwaar is dat verdelende rechtvaardigheid een politieke keuze eist om uit alle mogelijke verdelingen van welvaart er één te kiezen die het beste het gewenste collectieve sociale, economische of politieke doel nastreeft. Indien het contractenrecht tot het domein van deze verdelende rechtvaardigheid wordt gemaakt, wordt het dus ondergeschikt gemaakt aan een publiek doel en als het dat doel niet realiseert faalt het. In mijn visie is het echter niet de overheid die *ex ante* moet bepalen wat een rechtvaardig contractenrecht is: dat is paternalistisch. Hoogstens kan het resultaat in een concreet geval *achteraf* op zijn rechtvaardigheid worden beoordeeld en zo nodig gecorrigeerd.<sup>20</sup> Bovendien is de vraag hoe vast moet worden gesteld dat is voldaan aan het beleidsdoel ‘social justice’: dat begrip is zeer moeilijk te operationaliseren omdat niemand precies weet wanneer dit ideaal bereikt is.<sup>21</sup> Betekent het dat overeenkomsten zonder ‘rechtvaardige’ prijs nietig zijn en, zo ja, wat is dan een rechtvaardige prijs? Betekent het dat de verkoper gebreken in de zaak altijd moet melden aan de koper? Het begrip biedt kortom onvoldoende houvast om de ‘juiste’ verdeling van welvaart vast te stellen.

In de tweede plaats vind ik dat de Studiegroep een te groot geloof hecht aan de macht van de (Europese) wetgever. Wat de beste regels zijn voor Europa dient in mijn visie niet te worden bepaald door een almachtige wetgever die het in zich heeft de bestaande verdeling van macht en rijkdom te veranderen – als men dat al zou willen. Voor mij is het huidige rechtssysteem het resultaat van een lang proces van *trial and error* waardoor een grotendeels spontane orde is ontstaan. Natuurlijk moet de wetgever soms in die orde ingrijpen om de belangen van zwakkeren te behartigen, maar dat wil nog niet zeggen dat het gehele contractenrecht van bovenaf opnieuw dient te worden vormgegeven.<sup>22</sup>

Nu geef ik onmiddellijk toe dat beide bovenstaande bezwaren tegen de opvatting van de studiegroep worden ingegeven door een andere ideologische opvatting over recht en maatschappij. Ik geloof eenvoudigweg veel minder in de maakbaarheid van de samenleving dan de auteurs van het ‘manifest’. In dit opzicht zijn mijn argumenten niet wezenlijk *beter* en hangt het van ieders maatschappijopvatting af waaraan men de voorkeur geeft. Maar er is nog een ander bezwaar dat veel minder ideologisch is gekleurd.

In de derde plaats is namelijk zeer waarschijnlijk dat herverdeling van welvaart via het contractenrecht reeds daarom gedoemd is tot mislukken omdat toekomstige contractspartijen zullen afzien van contracteren met de te beschermen ‘zwakkere’ partijen. Indien een overeenkomst met een zwakkere partij aantastbaar is, zal de sterkere partij zich wel twee maal

---

<sup>18</sup> Het navolgende is deels gebaseerd op mijn NJV-preadvies 2006, o.c., no. 26.

<sup>19</sup> Aldus reeds A. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, Yale LJ 89 (1980), p. 472 v.

<sup>20</sup> Zie E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge Mass. 1995, p. 211 v.

<sup>21</sup> In gelijke zin Thomas Wilhelmsson, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, *European Law Journal* 10 (2004), p. 714.

<sup>22</sup> Ik verwijz de lezer voor meer achtergrondinformatie nog eens naar mijn NJV preadvies 2006, o.c. en naar F.A. Hayek, *The Fatal Conceit*, London 1988.

bedenken alvorens met die zwakkere te contracteren. Dat is ook de boodschap van Charles Fried.<sup>23</sup>

‘Redistribution is not a burden to be borne by in a random, ad hoc way by those who happen to cross paths with persons poorer than themselves. Such a conception, heart-warmingly spontaneous though it may be, would in the end undermine our ability to plan and to live our lives as we choose.’

Dit is een argument om zwakkere partijen (consumenten of kleinere bedrijven) in beginsel op dezelfde manier te behandelen als sterkere partijen. Juist dat stelt hen in staat om hun positie te verbeteren. Hoogstens zou een informatie-achterstand van de zwakkere partij teniet moeten worden gedaan. Maar geldt dit ook in het door Hesselink genoemde geval waarin een ongewenst *extern* effect optreedt van de in Nederland gesloten overeenkomst? Moet de aankoop van een paar sportschoenen gemaakt in de Derde Wereld inderdaad nietig zijn?

Hesselinks visie lijkt sympathiek. Zij sluit nauw aan bij het betoog van ‘anders’- en ‘anti’-globalisten als Noreena Hertz en Naomi Klein.<sup>24</sup> Willem Grosheide zelf heeft ook zijn zorg uitgesproken over een door multinationals gedomineerde internationale handel die ‘belang en baat heeft bij een wat het privaatrecht betreft zo verdeeld mogelijk Europa’ omdat dat de vrijheid geeft de wereld naar eigen believen in te richten.<sup>25</sup> Toch moeten vraagtekens worden gesteld bij deze pessimistische visie op de gevolgen van globalisering. Economisch onderzoek toont aan dat juist de economie van landen die hun grenzen openstellen voor buitenlandse bedrijven veel sneller groeit dan van andere Derde Wereld-landen. Werknemers die werken voor Amerikaanse bedrijven in lagelonenlanden ontvangen een loon dat acht maal hoger ligt dan het gemiddelde loon in die landen. Johan Norberg, een Zweedse auteur,<sup>26</sup> ziet globalisering dan ook juist als de grootste hoop voor de Derde Wereld en ziet ‘sweatshops’ enkel als een noodzakelijke eerste stap in de economische ontwikkeling, vergelijkbaar met de arbeidsomstandigheden in Europa in de negentiende eeuw. Norberg stelt dat indien in Vietnam of India dezelfde lonen zouden moeten worden betaald als in de Westerse wereld, Westerse industrie zich daar in het geheel niet zou vestigen en ontwikkeling van die landen nog verder achter zou blijven.<sup>27</sup> Wie deze redenering volgt is ook voorstander van een contractenrecht dat ons juist wél in staat stelt om zonder beperkingen met lagelonenlanden te handelen. Norberg zegt het zo.<sup>28</sup>

‘When unions, when protectionists (...) say that we shouldn’t buy from countries like Vietnam because of its labor standards, they’ve got it all wrong. They’re saying: “Look, you are too poor to trade with us. And that means that we won’t trade with you. We won’t buy your goods until you’re as rich as we are.” That’s totally backwards. These countries won’t get rich without being able to export goods.’

---

<sup>23</sup> Charles Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge Mass. 1981, p. 106.

<sup>24</sup> Noreena Hertz, *The Silent Takeover: Global Capitalism and the Death of Democracy*, London 2001; Naomi Klein, *No Logo*, New York 2000. Zie over recht en globalisering grondlegend: William Twining, *Globalisation and legal theory*, London 2000.

<sup>25</sup> F.W. Grosheide, *Hard Code Now!*, NTBR 2002, p. 173.

<sup>26</sup> Zie Johan Norberg, *In Defence of Global Capitalism*, Cato Institute 2003.

<sup>27</sup> Zie ook *Poor Man’s Hero*: interview with Johan Norberg, Reasononline (<http://www.reason.com>; December 2003), p. 6: ‘One mistake that Western critics of globalization make is that they compare their current working standards to those in the developing world: “Look, I’m sitting in a nice, air-conditioned office. Why should people in Vietnam really have to work in those terrible factories?”’

<sup>28</sup> *Poor Man’s Hero*: interview with Johan Norberg, Reasononline, o.c., p. 7.

Kennelijk bestaat twijfel over de mate waarin globalisering goed of slecht is. Wat daarvan zij: de drie eerder genoemde bezwaren tegen de opvatting van de studiegroep wegen voor mij zo zwaar dat ik deze opvatting verwerp. Maar hoe dient een commercieel contractenrecht voor Europa dan wél te worden vormgegeven?

#### **4. Commercieel contractenrecht in tijden van onzekerheid: pleidooi voor een optionele code**

In paragraaf 2 wees ik op het debat over de vraag aan wat voor soort regels commerciële contractspartijen eigenlijk behoefte hebben. Zijn dit inderdaad duidelijke en rechtszekere normen, zoals de daar genoemde auteurs stellen? Dat zou betekenen dat een toekomstig Europees commercieel contractenrecht onder meer moet worden gekenmerkt door een zo letterlijk mogelijke uitleg van de overeenkomst, een geringe rol voor redelijkheid en billijkheid en het ontbreken van een aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen. Omdat deze visie bij gebrek aan empirisch materiaal over de noden van het bedrijfsleven is betwist (zie par. 2), blijft echter onduidelijk of een Europees instrument, in welke vorm dan ook, inderdaad aldus moet worden vormgegeven.

Naar mijn mening dient bij een dergelijke onzekerheid de proef op de som te worden genomen. De enige manier waarop kan worden vastgesteld of commerciële partijen inderdaad behoefte hebben aan een rechtszeker en ‘hard’ contractenrecht, is het *creëren* van een dergelijk contractenrecht en het aan het bedrijfsleven overlaten of zij dit prefereren boven hun eigen recht. De Europese plannen bieden daarvoor een unieke gelegenheid. De Europese Commissie wil immers nadenken over de wenselijkheid van een ‘optioneel instrument.’ Ik juich een dergelijke ‘26<sup>ste</sup> regeling’<sup>29</sup> zeer toe omdat die ons inderdaad in staat stelt om te experimenteren met een ‘hard contractenrecht’ voor de Europese Unie waar partijen voor kunnen kiezen als zij dat wensen. Dat stelsel zou aldus kunnen concurreren met nationale rechtsstelsels. Ik heb mij in eerdere geschriften<sup>30</sup> een groot voorstander getoond van een dergelijke competitie, ook tussen nationale rechtsstelsels onderling. Op Europees niveau zou echter vooral moeten worden bezien in hoeverre nationale stelsels het afleggen tegen een uniforme *Europese* regeling voor commerciële contracten. Het verkrijgen van wetenschappelijk inzicht in de juistheid van de stelling dat commerciële partijen vooral behoefte hebben aan een dergelijk ‘hard’ contractenrecht gaat zo hand in hand met het bedienen van die partijen. Deze weg verdient verre de voorkeur boven het dwingend opleggen van enig Europees contractenwetboek op grond van enkel *vermoede* preferenties van diezelfde partijen.

Een voordeel van het creëren van een optionele code is overigens ook dat daarmee de unificatie van het commercieel contractenrecht grotendeels aan partijen zelf wordt overgelaten. Zodra de Europese wetgever een optionele code heeft gecreëerd, zijn het partijen zelf die uitmaken of zij daar gebruik van willen maken of de voorkeur blijven geven aan hun eigen nationale recht of aan een rechtskeuze voor een ander nationaal rechtsstelsel. Dat kan leiden tot unificatie, maar of dat het geval zal zijn hangt geheel af – het zij herhaald – van de preferenties van partijen.

Nu hangt het succes van de hier voorgestane optionele code uiteraard af van zijn aantrekkelijkheid voor contractanten. Zo moet buiten twijfel worden gesteld dat een keuze voor een dergelijk optioneel wetboek geldig is en bovenal zal ook de *inhoud* van de code moeten zijn afgestemd op wat partijen wensen. In de volgende paragraaf worden enige aanzetten gedaan om de optionele code zo aantrekkelijk mogelijk te maken.

---

<sup>29</sup> Voor die term: Eerste voortgangsverslag over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis, COM (2005) 456 def., p. 12. Gelet op Schots recht is de term niet geheel correct.

<sup>30</sup> Zie voor een samenvatting preadvies NJV 2006, o.c., no. 17 v.

## 5. De inhoud van de optionele code

In haar Mededeling uit 2004<sup>31</sup> geeft de Europese Commissie zelf aan welke ‘parameters’ ten aanzien van het optioneel instrument bestaan. In het kader van deze bijdrage zijn de belangrijkste of de optionele code een ‘opt-in’- of een ‘opt-out’-instrument moet zijn, of deze alleen algemene regels van contractenrecht of ook regels voor bijzondere overeenkomsten moet bevatten en of de code ook op consumentencontracten van toepassing moet zijn. Bovendien is er de belangrijke vraag of de code tevens dwingend recht moet bevatten.

Zoals gezegd moet uitgangspunt bij de beantwoording van deze vragen zijn dat de code zo aantrekkelijk mogelijk is voor commerciële partijen en aldus ook reëel kan concurreren met nationale rechtsstelsels. Ik wijs er nog eens op dat het dwingende consumentenrecht in mijn opvatting in een algemene minimumrichtlijn thuishoort (zie boven, par. 1) zodat daar bij de vormgeving van de optionele code geen rekening mee hoeft te worden gehouden. De aantrekkelijkheid van de code dient vooral te liggen in de hoge mate van rechtszekerheid die hij aan contractanten biedt.

Er is geen twijfel over dat de optionele code die ik voorsta alleen toepasselijk kan zijn door middel van ‘opt-in.’ Alleen indien partijen welbewust kiezen voor de toepasselijkheid van de code wordt immers duidelijk of zij die code prefereren boven toepasselijk nationaal recht. Bovendien zou een code die van toepassing is tenzij deze uitdrukkelijk wordt uitgesloten moeten zijn toegesneden op vele soorten contracten en partijen. Toepasselijkheid via ‘opt-in’ staat toe om, behalve voor een set meer algemene regels, ook te kiezen voor gewenste meer specifieke regels. Een dergelijk keuzemenu dient de belangen van partijen waarschijnlijk het best.<sup>32</sup>

Evenzeer is duidelijk dat de optionele code om aantrekkelijk te zijn zo specifiek mogelijke regels moet bevatten. Algemene regels, zoals de Principles of European Contract Law, lijken onvoldoende toegespitst op de belangen van commerciële partijen. Zij laten ook teveel interpretatievrijheid. Ik wijs op de door De Mot en De Geest<sup>33</sup> gedane suggestie dat een Europees wetboek moet bestaan uit zeer gedetailleerde regels. Daar valt veel voor te zeggen, zij het dat de honderdduizenden regels die De Mot en De Geest voorstaan de belangen van partijen ook niet bepaald dienen. Een code is er immers niet alleen voor de rechter, maar vooral ook voor partijen zelf. In mijn model zou de optionele code moeten bestaan uit een beperkte hoeveelheid algemene regels, aangevuld met specifieke regels voor bijzondere contracten (zoals koop, franchising en leasing).

Een lastige vraag is in hoeverre in de code ook regels van dwingend recht moeten worden opgenomen. Een ontkennend antwoord betekent dat de code in weinig zou verschillen van – voldoende uitgebalanceerde – algemene voorwaarden. Ook binnen het commercieel contractenrecht bestaat echter soms behoefte aan bescherming van een ‘zwakkere’ partij. De handelsagent en de franchisenemer zijn bekende voorbeelden. Een deel van de optionele code zal daarom moeten worden gereserveerd voor dwingend recht van Europese oorsprong (zoals Europese regels over overeenkomsten in strijd met de goede zeden en openbare orde en over informatieplichten) dat met de keuze voor de optionele code automatisch van toepassing is op de rechtsverhouding. Wil de optionele code werkelijk in competitie kunnen treden met nationale jurisdicties, dan zal het beschermingsniveau echter lager moeten zijn dan dat van nationaal recht. De kern van mijn betoog is immers dat alleen zo kan worden vastgesteld wat de noden van commerciële contractanten zijn. Essentieel is wel dat dit dwingend recht van

---

<sup>31</sup> Mededeling over Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, o.c., Annex II.

<sup>32</sup> Hiervoor bestaat ook bewijs vanuit de cognitieve psychologie. Zie preadvies NJV 2006, o.c., no. 27.

<sup>33</sup> J. de Mot & G. De Geest, De toekomst van het Europees privaatrecht na het Groenboek, NJB 2002, p. 881 v.



Europese oorsprong is: indien partijen na een keuze voor de optionele code alsnog geconfronteerd zouden worden met *nationaal* dwingend recht, dan zou de keuze voor de code weinig aantrekkelijk zijn.

## **6. Ten slotte**

In deze bijdrage konden slechts de contouren van de door mij voorgestane optionele code worden geschetst. Eén van de vragen die onbeantwoord bleef is op welke wijze de inhoud van de code moet worden vastgesteld. Moet dit geschieden door academici? Moet eerst empirisch onderzoek worden verricht naar de noden van de betrokken contractspartijen? Dient hierover democratische besluitvorming plaats te vinden?<sup>34</sup> Deze vragen heb ik bewust buiten dit betoog willen laten. De kern van het hier bepleite is dat met een optionele code voor het commercieel contractenrecht twee vliegen in één klap worden geslagen. Niet alleen kan daarmee empirisch worden vastgesteld of de noden van commerciële partijen liggen in ‘hard and fast rules’, bovendien worden diezelfde partijen – indien het antwoord bevestigend luidt – onmiddellijk op hun wenken bediend.

---

<sup>34</sup> Zie daarover M.W. Hesselink, Europese verkiezingen moeten over Europees Burgerlijk Wetboek gaan, NJB 2004, p. 1169 en Manifesto, o.c., p. 669.